

国际刑事 诉讼证据 规则研究

肖 铃◎著



人 民 出 版 社



国际刑事 诉讼证据 规则研究

肖 铃◎著

责任编辑:王青林

图书在版编目(CIP)数据

国际刑事诉讼证据规则研究/肖 铃 著.

—北京:人民出版社,2010.7

ISBN 978-7-01-009213-3

I. ①国… II. ①肖… III. ①刑事诉讼—证据—研究

IV. ①D915.313.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 165559 号

国际刑事诉讼证据规则研究

GUOJI XINGSHI SUSONG ZHENGJU GUIZE YANJIU

肖 铃 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京瑞古冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:11.375

字数:270 千字

ISBN 978-7-01-009213-3 定价:35.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

序

孙长永*

若以历史的眼光来看,国际化乃是 20 世纪中期以后刑事诉讼制度发展的明显趋势之一,这不仅表现在不同法系、不同国家之间在理念、制度和技术规则方面的不断融合,也表现在以国际公约为载体的一整套国际刑事司法准则的形成和普及以及以此为依据的国际刑事诉讼实践的展开。从纽伦堡国际军事法庭和远东国际军事法庭的宪章,到前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭的《规约》及其《程序与证据规则》,再到常设的国际刑事法院及其《规约》和《程序与证据规则》,国际刑事诉讼程序在汇集全世界法治经验和法律人智慧的基础上,不断得到充实和完善,非常值得从理论上加以深入探讨。

自 1998 年 7 月 17 日《罗马规约》通过,尤其是 2002 年 7 月 1 日生效以来,国内外刑事法学者就国际刑事法院的相关问题进行了大量的研究,涌现出了为数众多的专题研究成果。然而,细究之下不难发现,其中绝大多数成果都是国际法学者和刑法学者的贡献,专注于研究国际刑事诉讼程序与证据规则问题的成果非常罕

* 西南政法大学副校长,教授,博士生导师。

见。为了引起刑法学界对国际刑事诉讼程序的关注,几年前,我在与宋英辉等教授合著的《外国刑事诉讼法》教科书(法律出版社2006年版)中以附录的形式简要介绍了“国际刑事法院的诉讼程序”。所以,当我的博士生肖铃决定将“国际刑事诉讼证据规则”作为她的博士论文选题时,我感到非常高兴。经过三年的艰苦探索,克服了资料收集、写作等多方面的困难,肖铃终于完成了博士学位论文,并且顺利通过了答辩。此后,作者吸取了论文评审专家和答辩委员会提出的意见和建议,对博士学位论文又进行了充实和完善,形成了现在这本专著。正如博士论文答辩委员会主席卞建林教授所指出的,这是一部带有填补国内空白性质的重要研究成果。

从内容和结构来看,本书在铺垫性地介绍分析了国际刑事诉讼的特殊背景后,系统地研究了国际刑事诉讼中有关证据规则的各个重要方面,包括在国际刑事审判的各个历史阶段一脉相承的证据自由原则及其具体体现,口头证据和书面证据的相关问题,以及证据的调查收集、证据披露和证据在审判程序中的运用问题,重点在于挖掘国际刑事诉讼证据规则的独特之处。在此基础上,本书进一步阐述了国际刑事诉讼证据规则的发展趋势,并联系我国证据法的发展方向 and 某些具体问题,提出了对我国证据立法的启示和借鉴意义。考虑到国际刑事诉讼发展的三大主要历史阶段,全书始终注意采用历史研究的方法,既不割裂各阶段之间证据规则的内在联系,同时又揭示了国际刑事诉讼证据规则的发展趋势。本书还有一个突出的特点是不局限于文本上的规则规定,而是通过大量的案例分析国际刑事诉讼中证据规则的适用情况,特别是在涉及特设刑庭的部分。尽管由于资料收集等方面的原因,本书某些章节的分析论证尚不够充分,尤其是关于国际刑事法院证据

规则部分的研究,因客观原因不得不局限于文本分析,但这不能掩盖本书作为国内第一部研究国际刑事诉讼证据规则的专著的重要价值。

肖铃的本科和研究生阶段就读于中国政法大学,毕业后到华南师范大学工作,2005年9月考取西南政法大学诉讼法学专业博士研究生,成为我的学生。在攻读博士学位四年期间,她完成了两件人生大事:一是升级为母亲,实现了全家的愿望;二是顺利获得博士学位,实现了个人愿望,可以说是家庭和事业两方面都取得了丰硕的成果。但是,正如她在博士论文的“致谢”中所言:“‘鱼和熊掌’兼得的结果是美好的,但过程的艰辛只有局中人自知”,对此我深表认同和理解。

作为导师,我在为其目前取得的成绩感到欣慰之余,仍想提醒她:生命很短暂,快乐最重要,学术路漫漫,创新是铺垫。愿以此与肖铃共勉。

2010年5月18日

目 录

序	孙长永 (1)
引 言	(1)
第一章 国际刑事诉讼证据规则的背景	(8)
第一节 国际刑事诉讼溯源	(8)
一、莱比锡审判的夭折	(10)
二、第二次世界大战后的国际军事审判	(13)
三、前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事 法庭	(21)
四、国际刑事法院	(27)
第二节 国际刑事程序概要	(31)
一、国际刑事诉讼程序的法源	(32)
二、国际刑事程序的根基	(38)
三、国际刑事程序过程	(40)
第三节 影响国际刑事诉讼证据规则的基本因素	(62)
一、影响国际刑事诉讼证据规则的一般因素	(63)
二、导致国际刑事法院和特设刑庭证据规则差异的 其他因素	(69)

本章小结	(71)
第二章 证据自由原则	(73)
第一节 证据自由的一般原则	(73)
一、证据自由原则的确立	(74)
二、特设刑庭对证据可采性的考量因素	(77)
三、国际刑事法院证据自由原则的特点	(84)
四、传闻证据的可采性问题	(87)
第二节 证据的排除和补强	(90)
一、证据的排除	(90)
二、证据的补强	(93)
第三节 性暴力案件中的证据	(96)
一、被害人证言无须补强	(96)
二、“同意”证据的限制	(97)
三、先前性行为证据的强行排除	(99)
本章小结	(100)
第三章 口头证据与文件证据	(102)
第一节 口头证据及相关问题	(103)
一、口头原则地位的变化	(104)
二、证人的保护性措施	(107)
三、责令作证权与不自证其罪特权、保密特权	(125)
四、特殊证人:被告人	(136)
第二节 文件证据	(143)
一、替代口头证据的证人陈述	(145)
二、文件性证物	(163)
本章小结	(170)
第四章 证据的调查收集	(172)

第一节 调查阶段的权力和权利	(174)
一、检察官的调查权力	(174)
二、调查期间的个人权利	(182)
三、国际刑事法院的“独特调查机会”	(185)
四、调查阶段的司法控制	(188)
第二节 调查阶段的国家合作	(189)
一、特设刑庭调查阶段的国家合作	(190)
二、国际刑事法院调查阶段的国家合作	(202)
本章小结	(216)
第五章 证据披露	(218)
第一节 特设刑庭的证据披露	(220)
一、控方披露	(221)
二、辩方披露	(228)
三、披露限制及其他披露问题	(233)
第二节 国际刑事法院的证据披露	(242)
一、控方披露	(243)
二、辩方披露	(247)
三、披露限制及其他披露问题	(250)
本章小结	(254)
第六章 证据在审判程序中的运用	(256)
第一节 庭审中的证据调查	(256)
一、证据的出示和质证规则	(256)
二、证明责任	(273)
三、证明标准	(275)
第二节 上诉审和再审中的证据调查	(282)
一、特设刑庭	(282)

二、国际刑事法院	(290)
本章小结	(294)
第七章 国际刑事诉讼证据规则的混合模式及对我国	
证据法的启示	(296)
第一节 国际刑事诉讼证据规则的混合模式	(297)
一、国际刑事诉讼证据规则混合模式的形成	(297)
二、国际刑事诉讼证据规则混合模式的基本	
特征和发展趋势	(305)
第二节 国际刑事诉讼证据规则对我国证据法的	
启示	(320)
一、国际刑事诉讼证据规则与我国刑事证据法的	
初步比较	(320)
二、国际刑事诉讼证据规则对我国证据立法的	
启示和借鉴	(329)
本章小结	(339)
 参考文献	 (342)
致 谢	(353)

引 言

一、研究对象

有必要在一开始明确本书的论题范围。本书所谓“国际刑事诉讼证据规则”是指在国际刑事诉讼中适用的证据规则。而国际刑事诉讼特指国际性刑事司法机构追究个人严重违反国际罪行应负刑事责任的诉讼程序。从学科划分来看,国际刑事诉讼法学属于国际刑法学这一新兴学科的组成部分。

国际刑法学是一门边缘交叉学科,著名的国际刑法学家巴西奥尼教授认为,国际刑法“是由几个部分组成的一门复杂的法律学科……国际刑法的每个组成部分都来自一个或多个法律学科及其分支,包括国际法、国家刑法、比较刑法与程序法以及国际与地区人权法。……国际刑法的不同组成部分却构成了一个功能上的整体”。^① 笼统而言,国际刑法是规定国际犯罪、起诉和审判实施犯罪行为之人的一系列国际公约、条约和规约的总称,^②一般认为

① [美]M. 谢里夫·巴西奥尼:《国际刑法导论》,赵秉志等译,法律出版社2006年版,第1页。

② “国际刑法”的准确定义至今缺乏普遍一致的认识。参见张智辉:《国际刑法通论》,中国政法大学出版社1999年版,第1页;黄风、凌岩、王秀梅:《国际刑法学》,中国人民大学出版社2007年版,第4—5页。

从内容上看,国际刑法主要兼容了刑事法与国际法的内容与体系,简单来讲,它是国际法里的刑法部分与刑法里的国际法部分相结合的学科。^①显然,这里所谓的刑事法是广义上的,包括实体法和程序法,后者可单独谓之国际刑事诉讼法或国际刑事程序法。

作为国际刑法中的程序法,鉴于国际刑法的直接执行和间接执行机制之分,^②国际刑事诉讼法虽然也可以指间接执行机制中主权国家在追诉个人实施国际罪行的刑事责任时适用的程序规范,但是因为这一规范通常和该国国内刑事程序基本一致,而各国国内刑事程序差异颇大,目前即使是单独颁行了《国际刑法典》的国家也较少对国际罪行的国内追诉规定整套异于国内刑事程序的规范,相反,多是在国内刑事程序的基础上作适应国际罪行追诉的需要之调整,因此“国际刑事诉讼”通常被限定为指国际刑法的直接执行机制的范畴,即特指国际性刑事司法机构追诉个人实施国际罪行的刑事责任的诉讼活动,^③国际刑事诉讼法也因此特指这一意义上的国际刑事诉讼中适用的法律。

一般认为,广义上的诉讼法包含了证据法的内容,本书的研究

① 朱文奇:《国际刑法》,中国人民大学出版社2007年版,第2—3页。

② 直接执行机制指由独立于主权国家的国际性刑事司法机构执行国际刑法的机制;间接执行机制指通过主权国家的法律制度执行国际刑法的机制。参见[美]M. 谢里夫·巴西奥尼:《国际刑法导论》,赵秉志等译,法律出版社2006年版,第17页。

③ 在这一意义上使用这一术语的国内学者如陈国庆,参见陈国庆:“国际刑事诉讼规则的整合与演进——从《国际刑事法院规约》看当代世界刑事诉讼的新发展、新动向”,陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛》第3卷,法律出版社1999年版,第268—295页;国外学者如巴西奥尼和Christoph J. M. Safferling,参见[美]M. 谢里夫·巴西奥尼:《国际刑法导论》,赵秉志等译,法律出版社2006年版,第496页;Christoph J. M. Safferling, *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford University Press, 2003。

对象不是广义上的国际刑事诉讼法,而是其中的证据规则部分,或曰国际刑事诉讼证据规则,特指国际刑事司法机构追诉国际严重罪行时适用的证据规则。

二、研究现状

随着 1998 年 7 月 17 日《罗马规约》的通过,尤其是 2002 年 7 月 1 日生效、国际刑事法院正式成立后,在世界范围内都掀起了研究国际刑法尤其是研究国际刑事法院的热潮,越来越多的学者投入相关课题的研究,取得了很多研究成果。但是在这些研究中,更多看到的是国际法学者和刑法学者的身影,他们主要探讨的是国际刑事司法制度中和国际法及刑法有关的问题,作为国际刑法的组成部分——刑事程序法,相反却较少人研究,更不用说刑事程序法中的证据部分。

在笔者目前可以搜集到的英文资料中,专门探讨国际刑事证据的英文书籍寥寥无几,^①其他谈及国际刑事诉讼证据规则的英文书籍都是以探讨国际刑事司法中的国际法和刑法问题为主,顺便简要提及程序和证据问题。在论文方面,确实有一些专门探讨国际刑事证据某方面问题的英文论文,但是比起从国际法和刑法角度探讨国际刑事司法的论文来说,数量很少,并且讨论的问题集

^① 具有代表性的是 Richard May and Marieke Wierda, *International Criminal Evidence*, Transnational Publishers, Inc., 2002. 以及 Rodney Dixon, Karim A. A. Khan, Judge Richard May ed., *Archbold: International Criminal Courts Practice, Procedure and Evidence*, Sweet & Maxwell, 2003.

中在几个方面如证据的可采性、证人的保护等,对证据方面的其他诸多问题较少涉及。

从国内的研究现状看,上述特点更加突出。我国虽然没有加入《罗马规约》,但是从1998年开始,尤其是2002年国际刑事法院成立后,我国学界同样陆续涌现出大量研究国际刑事法院的著作和论文,但是纵观其中,多是国际法角度和刑事实体法角度的论述,程序和证据法方面的研究相较之下十分欠缺。如从著作上看,已有的主要是从国际法和刑法角度探讨国际刑事法院的专著,^①以及逐条分析解释《罗马规约》的著作,^②有关程序和证据方面的问题仅在这些著作中有蜻蜓点水式的涉及。除著作外,目前国内其他有关国际刑事法院或国际刑事审判的书籍多是论文汇编、教材、规章汇编等,内容上同样只是少量、浅尝辄止地提到国际刑事司法中的程序和证据问题。论文方面同样体现了这一特点,探讨国际刑事司法中的程序和证据问题的论文数量少,且集中在几个问题上如和检察官有关的问题、一罪不二审、证人保护、国家合作和司法协助等。

可见我国乃至世界范围内对国际刑事司法的程序尤其是证据方面的研究,不论是数量还是质量都很不足,基于以上考虑,笔者认为应加强这方面的研究,本书即笔者在国际刑事诉讼证据规则

① 如高燕平:《国际刑事法院》,世界知识出版社1999年版;王秀梅:《国际刑事法院研究》,中国人民大学出版社2002年版;宋健强:《国际刑事司法制度通论》,哈尔滨工业大学出版社2006年版;宋健强:《国际刑事法院诉讼详情实证研究》,哈尔滨工业大学出版社2008年版;宋健强:《国际刑事法院“三造诉讼”实证研究》,法律出版社2009年版。此外还有王秀梅的博士后报告:《〈罗马规约〉若干基本问题研究》,2003年8月。

② 即李世光、刘大群、凌岩主编:《国际刑事法院罗马规约评释》(上)、(下),北京大学出版社2006年版。

研究上作出努力的结果。

三、研究意义

在国际刑事诉讼的发展史上,我国曾经深深卷入其中。东京审判中被告人的残酷罪行很大部分是对中国人民、在中国的领土上实施的,惨痛的历史教训向我们警示了国际性罪行的残暴可怖;作为战胜国,我国派出法官、检察官参与远东法庭的军事审判,进一步让我们意识到国际刑事司法对于制裁和防止国际罪行的必要和可贵。此后,国际刑事司法因种种原因沉寂了长达半个世纪的时间。20世纪90年代通过联合国设立的前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭的审判活动,国际刑事司法进入快速发展时期,因为其是针对特定区域、特定时期发生的国际罪行的追诉,距离我国相对较远,和我国并没有直接的联系。但是随着2002年7月1日《罗马规约》的生效,国际刑事法院的成立,考虑到其管辖范围的宽广以及存续上的永久性,中国作为主权国家,不能漠视其存在,不能因我国没有最终加入《罗马规约》而置身事外。

事实上,我国积极参与了《罗马规约》的谈判过程,虽然最后因为《规约》没有解决我国关注的几个重要问题,最后投了反对票,^①未成为《罗马规约》的缔约国,但是,根据《规约》规定,国际

^① “在中国所参与的所有全球性国际条约的谈判中,中国从来没有投过反对票,《罗马规约》是中国唯一投反对票的多边国际公约。”参见刘大群:“前言”,李世光、刘大群、凌岩主编:《国际刑事法院罗马规约评释》(上),北京大学出版社2006年版,前言第1页。

刑事法院仍可能对我国国民或发生在我国领土内的国际罪行行使管辖。

在这种背景下,即使我国尚未加入国际刑事法院,却不可能视之为无物,相反,考虑到我国之所以最终没有加入《罗马规约》的根本原因是《规约》“没有充分考虑中国对有关问题的严重关切”,^①我国学界更应当加强对国际刑事法院的研究,只有对其规定和实践有准确深入的把握,才能为以后我国是否加入《罗马规约》的决策提供重要的参考。而对国际刑事法院的研究是多方面的,从法律角度看,既包括国际法也包括刑事法,既包括实体法,也包括程序法的研究。考虑到国际刑事程序法包括证据法的研究已经落后于国际刑法中国际法和刑事实体法问题的研究,加强前一领域的研究是当务之急,其中证据规则作为重要组成部分,恰恰是本书试图拓展的领域。

四、研究方法

论题决定了本书主要采用的研究方法有:

1. 历史研究的方法

虽然第二次世界大战后的国际军事审判离我们越来越远,特设刑庭也会在不久的将来完成使命退出历史舞台,只有国际

^① 参见刘大群:“前言”,载《国际刑事法院罗马规约评释》(上),李世光、刘大群、凌岩主编,北京大学出版社2006年版,前言第4页。中国投反对票的五点理由参见 <http://fmprc.gov.cn>,或参见黄芳:“译者前言——兼评中国对《国际刑事法院规约》投反对票的五点理由”,[加]威廉·A.夏巴斯:《国际刑事法院导论》(第二版),黄芳译,中国人民公安大学出版社2006年版,前言。

刑事法院作为永久性的国际刑事司法机构将长期存在,但是对国际刑事诉讼证据规则的考察显然不能割断这三个阶段之间存在的血脉关系,因此本书几乎在对每一个问题的探讨上都采用了纵向的历史研究方法,注重考察某规定或规则的历史和现状,并分析其原因。

2. 比较研究的方法

既然是国际刑事诉讼证据规则,显然其“国际性”意味着必然含有世界上各主要法律制度的“分子”,尤其是典型的普通法系和大陆法系国家的要素,甚至可以说国际刑事诉讼证据规则本身是在不同的法律制度相互对抗、协调、平衡中诞生的独特版本。因此横向的比较角度分析国际刑事诉讼证据规则的问题是必不可少的方法,也是本书始终注意采用的方法。

3. 判例研究的方法

国际刑事诉讼中始终居于主导地位的普通法系的对抗式模式意味着判例具有极其重要的地位。为此本书不仅介绍、分析、讨论文本上的证据规则,在可能且必要的情况下,通过重要的判例,尤其是法庭在有关问题上的观点以及这些观点的演化来使得规则更加有血有肉。

必须说明的是,国际刑事法院虽然在 2002 年 7 月 1 日成立,但是 2005 年 7 月 1 日才正式投入运转,目前仅一个案件进入审理阶段,且仅仅是在 2009 年 1 月 26 日才首次开庭审理。因此,本书无法像对特设刑庭的证据规则一样,对国际刑事法院的证据规则也较多地从判例角度分析,只能主要局限在文本分析上,这是一个缺憾,希望以后可以弥补。